

BUNDESGERICHTSHOF

12

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 31/89

URTEIL

Verkündet am:
19. April 1990
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt und Notar Hans-Joachim R.,
M-B-Straße B.,

Beklagter, Revisionskläger
und Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. -
und von -

g e g e n

Dr. Hartmut Z.,
F., B.,

Kläger, Revisionsbeklagter
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. -
und -

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 1990 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Schmitz und Dr. Kreft

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts vom 22. Dezember 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über den Klageantrag zu 2) entschieden worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Beklagte ist Rechtsanwalt (Fachanwalt für Steuerrecht) und Notar. Der Kläger fordert von ihm mit der Begründung, er habe ihn im Zusammenhang mit dem Kauf einer Eigentumswohnung fehlerhaft beraten, Schadensersatz in Geld und Freistellung von Ansprüchen des Verkäufers.

Der Beklagte übernahm in den Jahren 1982 und 1983 die steuerliche Beratung des Klägers. Dieser gehörte vorher zu den Mandanten des Steuerbevollmächtigten S■■■■■■■■■■, für den "der in Steuersachen tätige Kaufmann" Stefan B■■■■■■■■■■ den Kläger beriet.

B■■■■■■■■■■ erwarb durch notariellen Vertrag vom 15. Mai 1982, den der Beklagte beurkundete, ein Mietwohnhaus. Durch eine ebenfalls vom Beklagten beurkundete Teilungserklärung vom 1. September 1982 teilte B■■■■■■■■■■ das Grundstück in zehn Miteigentumsanteile. Nach dem Inhalt der Teilungserklärung gehörten zum Gemeinschaftseigentum die Dachböden, soweit sie nicht im Teilungsplan als Sondereigentum ausgewiesen waren. § 2 der Gemeinschaftsordnung, die Inhalt der Teilungserklärung war, bestimmte:

"Eine Änderung der Gemeinschaftsordnung sowie eine Änderung der anderen Bestimmungen der Teilungserklärung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Wohnungseigentümer und der Zustimmung der Gläubiger aller im Grundbuch (Wohnungsgrundbuch) eingetragenen Lasten."



Zur Verwalterin der Wohnanlage wurde die Ehefrau B[REDACTED] bestellt. Diese veräußerte acht Eigentumswohnungen an verschiedene Käufer.

Am 27. Oktober 1983 ließ die Verwalterin durch den Beklagten eine Erklärung beurkunden, die sie namens sämtlicher Eigentümer der Wohnanlage abgab. Darin änderte sie die Teilungserklärung vom 1. September 1982 in der Weise ab, daß sie einen weiteren Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einem im geänderten Teilungsplan ausgewiesenen Dachstudio bildete und die Miteigentumsanteile der bisherigen Eigentümer entsprechend verkleinerte. Den neugebildeten Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an dem Dachstudio übertrug sie ohne Gegenleistung ihrem Ehemann. Das Dachstudio war zu diesem Zeitpunkt noch nicht hergestellt; es sollte erst in einem bis dahin zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Teil des Dachraumes eingerichtet werden. Zu ihrer Vertretungsmacht erklärte die Verwalterin:

"In den Kaufverträgen haben die Eigentümer sich verpflichtet, mir Verwaltervollmacht in der Form des § 29 GBO zu erteilen. Diese Vollmachten verspreche ich nachzureichen.

Aufgrund der Vollmacht bin ich berechtigt, über die Anteile des Miteigentums Verfügungen zu treffen und im Hinblick auf Neubaumaßnahmen des Bodenraums neues Sondereigentum zu bilden und die bestehende Teilungserklärung zu ändern."

Am Abend desselben Tages begab sich der Kläger auf Drängen B[REDACTED] in dessen Büro. B[REDACTED] hatte ihm erklärt,

er müsse von seinen Einkünften des Jahres 1983 noch etwas absetzen, um Steuern zu sparen. Er, B■■■■, könne ihm eine Eigentumswohnung verkaufen. In dem Büro traf der Kläger außer B■■■■ den Beklagten an. Dieser beurkundete nach einem Vorgespräch, über dessen Einzelheiten Streit besteht, an Ort und Stelle einen Kaufvertrag, durch den B■■■■ das in der Erklärung seiner Ehefrau bezeichnete Dachstudio dem Kläger zum Preis vom 375.000 DM verkaufte und sich verpflichtete, es in angemessener Zeit bezugsfertig auszubauen. Die Verwaltungsvollmacht ermächtigte die Ehefrau B■■■■ nicht, die am 27. Oktober 1983 beurkundete Erklärung namens der Miteigentümer der Wohnanlage abzugeben. Da der Eigentümer der Wohnung Nr. 7 die Zustimmung verweigerte, konnte das dem Kläger verkaufte Wohnungseigentum zunächst nicht geschaffen werden. Der Kläger trat deshalb durch Anwaltsschreiben vom 21. März 1985 vom Kaufvertrag zurück.

Zur Finanzierung des Erwerbs und des schlüsselfertigen Ausbaus der Eigentumswohnung und damit zusammenhängender Kosten hatte sich der Kläger ein Darlehen der L■■■■bank R■■■■-P■■■■ von 430.000 DM zusagen lassen, das er zum Zeitpunkt des Rücktrittes bereits in Höhe von 100.870 DM in Anspruch genommen hatte. Da der Erwerb der Eigentumswohnung nicht zustande kam und der Kläger deshalb die restlichen Darlehensmittel nicht abrief, stellte die Bank durch Schreiben vom 26. September 1986 das Darlehen zum 30. September 1986 (Ablauf der Zinsfestschreibung) fällig. Der Kläger schuldete der Bank zu diesem Zeitpunkt 123.186,28 DM, die

die Bank auf einem neuen Darlehenskonto verbuchte. Für diesen Schuldbetrag berechnete sie die für kurzfristige Kredite üblichen Zinsen. Dadurch wuchs der Schuldbetrag bis zum 31. März 1987 auf jedenfalls 123.186,28 DM an. Durch Schreiben vom 18. Februar 1987 kündigte die Bank den Schuldbetrag erneut zur sofortigen Rückzahlung. Ebenso kündigte sie die am 15. Oktober 1985 zu ihren Gunsten bestellte Grundschuld über 430.000 DM. Mit dieser Grundschuld hat es folgende Bestandnis:

Nachdem der Kläger die Rücktrittserklärung abgegeben hatte, kam er mit B[REDACTED] überein, den geplanten Erwerb der Wohnung Nr. 11 doch noch durchzuführen. Zu diesem Zweck erwarb er mit notariellem Vertrag vom 28. Mai 1985 die Eigentumswohnung Nr. 7 und genehmigte die von dem Beklagten am 27. Oktober 1983 beurkundete Änderung der Teilungserklärung, die die Schaffung des von dem Kläger früher gekauften Dachstudios vorsah. Aufgrund dieser Zustimmungserklärung wurde das neugeschaffene Wohnungseigentum an dem Dachstudio und Becker als dessen Eigentümer sowie die erwähnte Grundschuld über 430.000 DM in das Wohnungsgrundbuch eingetragen.

Der Kläger hat die Eigentumswohnung Nr. 7 am 5. November 1985 weiterveräußert; dabei ließ er sich durch B[REDACTED] vertreten, für dessen Rechnung der Kauf und der Weiterverkauf dieser Eigentumswohnung im Innenverhältnis gehen sollten. Durch einen notariellen Vertrag vom 15. November 1985 erklärten der Kläger und B[REDACTED]:

"Zwischen den Parteien ist am 27.10.1983 ... ein Kaufvertrag über das im Aufteilungsplan vom 27.10.1983 mit Nr. 11 bezeichnete Dachgeschoß auf dem Grundstück ... abgeschlossen worden. Die Parteien sind darüber einig, daß entgegen einer vom Erschienenen zu 2) (Kläger) nach Vertragsabschluß abgegebenen Erklärung der Vertrag dennoch durchgeführt werden soll, wodurch etwaige Gewährleistungs- oder sonstige Ansprüche wegen Nicht- oder Schlechterfüllung nicht ausgeschlossen sein sollen."

Zu der Eigentumsübertragung auf den Kläger kam es nicht. Im Jahre 1987 veräußerte B[REDACTED] die Wohnung Nr. 11 an den Erwerber S[REDACTED].

Mit Schreiben vom 21. Mai 1987 nahm die L[REDACTED]bank R[REDACTED]-P[REDACTED] B[REDACTED] aus einer "Verpfändungserklärung vom 21.3.1983" in Anspruch und verlangte "gemäß nachstehender Abrechnung für die ETW-Nr. 11" die Zahlung von 63.539,37 DM. Durch Schreiben vom 26. Oktober 1987 verlangte die Bank anläßlich des Verkaufs der Wohnung Nr. 11 durch B[REDACTED] an S[REDACTED] zur Ablösung der Grundschuld von 430.000 DM die Zahlung eines Betrages von 61.647,46 DM.

Die Klage, mit der der Kläger vom Beklagten zunächst Ersatz des bereits entstandenen Schadens (unter anderem Freistellung von der Verpflichtung gegenüber der Bank zur Zahlung von Zinsen und Tilgung), des noch entstehenden Schadens sowie Feststellung begehrte, zur Zahlung der Notarkosten nicht verpflichtet zu sein, wies das Landgericht durch Versäumnisurteil ab. Nach Einspruch des Klägers erhielt es sein Versäumnisurteil aufrecht. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Auf die Revision des Klägers hob der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil mit Ausnahme der Notarkostenforderung auf und verwies in diesem Umfange die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Wegen des damaligen Sach- und Streitstandes wird auf das Senatsurteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, veröffentlicht in WM 1987, 1516 ff = ZIP 1988, 103 ff, verwiesen.

Der Kläger trug nunmehr vor, B[REDACTED] habe den gesamten Schuldbetrag bei der L[REDACTED]bank R[REDACTED]-P[REDACTED] mit der Folge abgelöst, daß er, der Kläger, von der Bank nicht mehr in Anspruch genommen werde. Er macht geltend, B[REDACTED] verlange jetzt im Wege des Rückgriffs Erstattung der an die Bank gezahlten Beträge. Er beantragte, den Beklagten unter Aufhebung des Versäumnisurteils 1. zur Zahlung von 53.326,49 DM nebst Zinsen sowie 2. zur Freistellung von etwaigen Ansprüchen des B[REDACTED] in Höhe eines Betrages von 117.161,44 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung in Höhe von 24.845,49 DM und gab dem Freistellungsanspruch in Höhe von 109.161,44 DM statt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung des Freistellungsanspruches, während der Kläger mit der Anschlußrevision beantragt, den Freistellungsanspruch in vollem Umfang - also auch wegen weiterer 8.000 DM - für gerechtfertigt zu erklären.

Entscheidungsgründe

Revision und Anschlußrevision sind begründet. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. a) Das Berufungsgericht bejaht einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten wegen schuldhafter Verletzung des Anwaltsvertrages: Zwischen den Parteien sei ein Anwaltsvertrag geschlossen worden, der die steuerliche Beratung des Klägers zum Gegenstand gehabt habe. Das Mandatsverhältnis habe für den Beklagten bei der Besprechung, die der Beurkundung des Vertrages am 27. Oktober 1983 vorangegangen sei, Prüfungs- und Beratungspflichten begründet. Diese Pflichten habe der Beklagte schuldhaft verletzt. Er hätte sich vergewissern müssen, ob die Zustimmung aller Miteigentümer zur Bildung eines neuen Sondereigentums in rechtsverbindlicher Form vorlag. Selbst wenn B. dem Beklagten erklärt hätte, sämtliche Eigentümer hätten bereits formlos ihr Einverständnis erklärt, hätte der Beklagte diese Angabe seiner Beratung des Klägers nicht ungeprüft zugrunde legen dürfen. Der Beklagte hätte den Kläger warnen müssen, verfrüht unnötige Aufwendungen zu machen. Bei einer Belehrung durch den Beklagten über die noch bestehenden Risiken hätte der Kläger den Abschluß der Verträge zurückgestellt.

Dies ist richtig. Auch die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

b) Das Berufungsgericht geht weiter zutreffend davon aus, daß der Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse gerichtet ist: Der Beklagte hat den Kläger so zu stellen, wie er ohne den Abschluß des Kaufvertrages vom 27. Oktober 1983 gestanden hätte. Auch insoweit greift die Revision das Berufungsurteil nicht an.

2. Das Berufungsgericht meint weiter, daß die von dem Kläger zuletzt geltend gemachte Freistellung von den Rückgriffsansprüchen des B[REDACTED] wegen der Tilgung der Beträge, die der Kläger der L[REDACTED]bank R[REDACTED]-P[REDACTED] geschuldet habe, Inhalt der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten sei.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Mit dem Berufungsgericht ist allerdings davon auszugehen, daß der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten ursprünglich die Verpflichtung des Beklagten einschloß, den Kläger von der nutzlos eingegangenen Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Bank freizustellen. Diese Freistellungsverpflichtung ist jedoch untergegangen, weil die Bank durch B[REDACTED] befriedigt wurde. Hätte B[REDACTED] dadurch gegen den Kläger einen Anspruch auf Erstattung des an die Bank gezahlten Betrages erlangt, so wäre auch dieser, wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig sieht, als dem Beklagten zurechenbare Schadensfolge anzusehen. Der Beklagte

müßte dann den Kläger von dem Ersatzanspruch Beckers freistellen.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt ein auf Freistellung gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Belastung mit einer Verbindlichkeit voraus, daß der Anspruchsteller tatsächlich mit dieser Verbindlichkeit beschwert ist (BGHZ 57, 78, 81, 83; BGH, Urt. v. 11. Juni 1986 - VIII ZR 153/85, WM 1986, 1115, 1117; v. 24. März 1988 - IX ZR 114/87, WM 1988, 987, 992). Das Bestehen der Verbindlichkeit muß also festgestellt werden.

Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht läßt es im Ergebnis genügen, daß B. Erstattungsansprüche gegen den Kläger erhoben hat, und prüft nicht, auf welcher rechtlichen Grundlage diese begründet sein könnten. Die Revision rügt mit Recht als Verstoß gegen § 286 ZPO, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts nur die Möglichkeit eines solchen Erstattungsanspruches, nicht aber dessen Feststellung ergeben.

3. Das Berufungsurteil muß deshalb, soweit es die Verurteilung des Beklagten zur Freistellung ausspricht, aufgehoben werden. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich, weil der entscheidungserhebliche Sachverhalt bisher nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt ist. Nach dem bisherigen Verfahrensstande kann weder ausgeschlossen werden, daß der Freistellungsanspruch in vollem Umfang begründet ist, noch daß er in vollem Umfang unbegründet ist.

a) Die Revision meint, dem gegen den Beklagten gerichteten Freistellungsanspruch stehe selbst für den Fall, daß ein Rückgriffsanspruch des B[REDACTED] als gegeben unterstellt werde, entgegen, daß der Kläger mit Schadensersatzansprüchen gegen Becker in derselben Höhe aufrechnen könne. Ein Schaden sei dem Kläger somit nicht entstanden. Dem folgt der Senat nicht.

aa) Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, daß nicht ein unbeteiligter Dritter die Bankschuld abgelöst hat, sondern Becker, der den zunächst undurchführbaren Kaufvertrag vom 27. Oktober 1983 mit dem Kläger abgeschlossen hatte. Der Kläger war von diesem Kaufvertrag indes zurückgetreten. Durch den Rücktritt ist das ursprüngliche Vertragsverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt worden (vgl. BGHZ 88, 46, 48). Damit entfielen alle primären Leistungspflichten. Schadensersatzansprüche konnten danach gegen B[REDACTED] wegen der Nichterfüllung des Vertrages nicht mehr geltend gemacht werden. Der Kläger konnte deshalb von B[REDACTED] auch nicht verlangen, daß dieser ihn von den Bankverbindlichkeiten freistellte.

bb) Die Revision meint, die aufgrund des Rücktritts des Klägers untergegangenen Schadensersatzansprüche aus § 325 oder § 326 BGB wegen der Nichterfüllung des Kaufvertrages seien durch die notarielle Vereinbarung zwischen dem Kläger und B[REDACTED] vom 15. November 1985 wieder aufgelebt. Zu dieser Feststellung reicht jedoch das Tatsachenvorbringen nicht aus. Denn eine Vereinbarung über die Aufhebung des erklärten Rücktritts ließe allenfalls den Erfüllungsanspruch wieder

entstehen, nicht aber Schadensersatzansprüche, wenn die Voraussetzungen der §§ 325, 326 BGB nicht neu erfüllt sind.

Aus dem vorgetragenen Inhalt der Vereinbarung vom 15. November 1985 ergibt sich also entgegen der Ansicht der Revision nicht, daß Becker nunmehr den Kläger von den Bankschulden freizustellen hatte.

b) Es ist jedoch nicht auszuschließen, daß Becker eine solche Verpflichtung aufgrund der Vereinbarung, den Kaufvertrag noch durchzuführen, im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung übernommen hat. Die Vorgänge, die zur Grundschuldbestellung geführt haben, sind völlig ungeklärt. Es ist schwer vorstellbar, daß ihnen keine Abrede zwischen dem Kläger und B. zugrunde gelegen hat. Hätte B. allerdings ohne eine solche Absprache mit dem Kläger die Grundsschuld bestellt, so könnte er nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung oder die Geschäftsführung ohne Auftrag einen Erstattungsanspruch gegen den Kläger haben. Hat er die Grundsschuld aufgrund eines Auftrages des Klägers bestellt, so kommt auch ein Erstattungsanspruch nach Auftragsrecht in Betracht, sofern dieser nicht durch besondere Parteiabsprachen ausgeschlossen sein sollte. Das gilt jedenfalls, soweit B. aufgrund der Inanspruchnahme aus der Grundsschuld gezahlt hat. Sollte er aufgrund einer von ihm selbst abgegebenen Verpfändungserklärung vom 21. März 1983 an die Bank gezahlt haben, ist im Hinblick auf den dazu völlig fehlenden Tatsachenvortrag nicht ersichtlich, auf welchem Wege sich dann ein Erstattungsanspruch Beckers gegen den Kläger rechtfertigen läßt.

II.

Mit der Anschlußrevision wendet sich der Kläger dagegen, daß der Berufungsrichter von dem geltend gemachten Freistellungsanspruch in Höhe von 117.161,44 DM einen Betrag von 8.000 DM abgezogen hat.

1. Das Berufungsgericht meint, in dieser Höhe könne sich der Kläger bei einer Inanspruchnahme durch Becker im Wege der Aufrechnung selbst befreien. Der Kläger trage selbst vor, daß er hinsichtlich des aus dem Bankkredit an die B■■■■ KG gezahlten Honorars von 8.000 DM eine titulierende Rückzahlungsforderung innehabe. Da für diese B■■■■ als persönlich haftender Gesellschafter der B■■■■ KG hafte (§ 161 Abs. 2, § 128 HGB), könne der Kläger aufrechnen und eine Rückgriffsforderung des Becker in dieser Höhe zum Erlöschen bringen.

Gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

2. a) Für die Entscheidung über die Anschlußrevision muß unterstellt werden, daß B■■■■ gegen den Kläger einen Ausgleichsanspruch in Höhe der von ihm an die Bank geleisteten Beträge hat.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Gläubiger einer Gesellschaftsschuld seine Forderung gegen die Gesellschaft, weil sie zugleich eine Forderung gegen den

persönlich haftenden Gesellschafter ist, auch gegen dessen Forderung aufrechnen könne, ist richtig. Sie entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 26, 241, 243 f; so auch RGZ 41, 25, 27; BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl. § 387 Rdnr. 11; MünchKomm/Ulmer, 2. Aufl. § 719 Rdnr. 12). Inso- weit erhebt die Anschlußrevision auch keine Rüge.

c) Das Berufungsgericht meint, bereits die Möglichkeit des Gläubigers des Freistellungsanspruches, sich durch Auf- rechnung mit einer anderen Forderung von der Rückgriffsfor- derung zu befreien, lasse seinen Schaden und damit den Frei- stellungsanspruch entfallen. Diese Auffassung ist, was die Anschlußrevision mit Recht rügt, von Rechtsirrtum beein- flußt.

aa) Ursprünglich umfaßte der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten die Verpflichtung, den Kläger von der nutzlos eingegangenen Darlehensverbindlichkeit ge- genüber der Bank freizustellen. Dieser Anspruch erstreckte sich auch auf den Teil des Darlehens (8.000 DM), der letzt- lich an die B■■■■ KG geflossen ist. Nach dem nicht bestrit- tenen Vortrag des Klägers, auf den der Tatbestand des Beru- fungsurteils Bezug nimmt (§ 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO), gehörten die 8.000 DM zu den nutzlos aufgewandten Werbungskosten in Höhe von insgesamt 60.000 DM, die zunächst an die RTS R■■■■- ■■■■- und T■■■■■■■■■■ GmbH überwiesen und von dieser Gesellschaft unter anderem an die B■■■■ KG weiterge- leitet worden sind (GA III Bl. 70 f).

Vor der Zahlung B■■■■ an die Bank stand es dem Kläger frei, in Höhe der 8.000 DM den Beklagten oder - falls er

Rückzahlungsansprüche gegen die B[REDACTED] KG für gegeben ansah - diese in Anspruch zu nehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 18. Dezember 1969 - VII ZR 121/67, NJW 1970, 461; Urt. v. 17. Februar 1982 - IVa ZR 284/80, WM 1982, 488, 489 = NJW 1982, 1806; Urt. v. 20. Dezember 1988 - VI ZR 145/88, VersR 1989, 303, 304) kann der Gläubiger, der neben dem Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner noch einen anderen, zum Ausgleich des Schadens führenden Anspruch gegen einen Dritten hat, grundsätzlich frei wählen, wen er in Anspruch nimmt. Ob besondere Umstände im Einzelfall eine andere Beurteilung rechtfertigen können, bedarf hier keiner Entscheidung; denn solche Umstände sind vom Berufungsgericht weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

bb) Mit der Zahlung B[REDACTED] an die Bank hat sich die Höhe des Schadens und damit die Höhe des Freistellungsanspruches nicht geändert. Es ist lediglich ein Wechsel in der Person desjenigen eingetreten, der den Kläger in Anspruch nehmen kann und von dessen Ansprüchen der Beklagte den Kläger freizustellen hat. Ebensowenig, wie der Kläger vor der Ablösung des Darlehens verpflichtet war, vorrangig Befriedigung bei der B[REDACTED] KG zu suchen, trifft ihn nunmehr diese Rechtspflicht. Ist der Kläger zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen die B[REDACTED] KG nicht verpflichtet, ist er auch nicht gehalten, seine Forderung im Wege der Aufrechnung durchzusetzen. Daß die Forderung nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts tituliert ist, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

III.

Das Berufungsurteil kann mithin im Umfange der Anfechtung keinen Bestand haben. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die erforderlichen Feststellungen zum Rückgriffsanspruch Beckers gegen den Kläger nachzuholen.

Merz

Fuchs

Walchshöfer

Schmitz

Kreft